

EFICIENCIA Y DERECHO

Introducción.

A lo largo de la última década los economistas han utilizado su arsenal conceptual para estudiar temas que tradicionalmente eran feudo de filósofos y juristas. En más de una ocasión los economistas se han lamentado de la poca atención y la incomprensión que han merecido sus escritos por parte de sus colegas tanto filósofos como juristas¹. En este trabajo pretendo tender puentes para una mejor comprensión por parte de filósofos y juristas de algunas de las ideas más importantes sostenidas por economistas.

Es necesario hacer previamente una distinción conceptual de suma importancia. Cuando hablamos de la economía neoclásica o la economía del bienestar conviene tener bien presente que bajo este rótulo se pueden incluir muchas corrientes de pensamiento. Sin embargo creo que es preciso distinguir entre la *teoría económica del bienestar* y las *doctrinas de la economía del libre mercado*.

La teoría económica del bienestar.

Según Adam Smith, en un mercado competitivo los individuos racionales y egoístas que persiguen su propio interés producen -sin tener conciencia de ello y guiados por una mano invisible- un resultado ni previsto ni querido: el mayor beneficio social.

La teoría económica del bienestar ha partido de esta conjetura y ha demostrado que en determinadas condiciones es cierta. Sin embargo su universo de discurso es esencialmente limitado y sus tesis no pueden ser aplicadas indiscriminadamente a cualquier situación social.

Me parece que la teoría económica del bienestar puede ser especialmente útil a los juristas porque no trata de describir totalmente la realidad social en la cual todo está mezclado e indiferente, sino que su gran valor consiste en la construcción de modelos que sirven -sobre todo- para interpretarla.

Los modelos que utiliza la teoría económica son siempre muy sencillos y hacen abstracción de muchos aspectos de la realidad -por ejemplo una economía con dos sujetos y dos bienes: las naranjas y las manzanas- o problemas electorales en los cuales hay tres opciones y tres

¹ Véase como muestra F. Hahn y M. Hollis eds. *Philosophy and Economic Theory*. Oxford University Press 1979, p. 1, o bien Posner: *The Economics of Justice*, Harvard University Press, 1981. Sin embargo, en los últimos tiempos este problema se ha mitigado. Véase por ejemplo el excelente libro de D. Gauthier: *Morals by Agreement*. Oxford Clarendon Press, 1986, en el cual observa la moral como una parte de la teoría de elección racional vislumbrada por economistas como por ejemplo Harsanyi y muy desarrollada en la actualidad.

votes. Su utilidad no se encuentra en la descripción de la realidad sino en la luz que puede ofrecer para plantear problemas, para preguntarse desde el modelo por qué la realidad es como es y para proponer medidas para mejorar la sociedad. Sin lugar a dudas la teoría económica es diseccionista y su valor cognoscitivo se encuentra fuertemente relacionado con la delimitación precisa de un problema y su aislamiento de otros problemas que se acostumbran a tratar indiferenciadamente. Esa es una de las razones que puede explicar el desarrollo de la teoría económica como la primera ciencia social. Pero además la teoría económica ha utilizado profusamente instrumentos analíticos formales muy sofisticados para apuntalar sus tesis.

Las doctrinas de la economía del libre mercado.

Por doctrinas de la economía del libre mercado entenderemos todas aquéllas que utilizan los teoremas fundamentales de la economía del bienestar² para justificar la deseabilidad de la economía del libre mercado. En muchas ocasiones -sin ningún espíritu crítico- se ofrecen interpretaciones de las tesis de la teoría económica que van mucho más allá de los límites establecidos por la propia teoría económica del bienestar. Eso ha dado lugar a una confusión que ha tenido como consecuencia la identificación de la teoría económica con la defensa a ultranza de las leyes del mercado y con el neoconservadurismo.

Estas extensiones de las tesis de la teoría más allá de sus límites pueden tener su fundamento en la sofisticación del lenguaje utilizado por los economistas teóricos -sólo comprensible por un auditorio muy restringido y a la vez avanzado- y también por la facilidad con que se pueden adular los límites ante un auditorio de estudiosos de ciencias sociales que difícilmente tienen acceso a las fuentes originarias.

A todo ello se debe añadir la poca preocupación que la propia teoría económica ha tenido de divulgar sus conocimientos más allá de la comunidad de economistas. Existe muy poca literatura dirigida a filósofos, juristas y otros científicos sociales en la que se expliquen las hipótesis, los modelos y los resultados de la teoría económica. En cambio sí existen numerosas doctrinas de justificación de la economía del libre mercado de fácil acceso para cualquier estudioso de ciencia social.

Una vez hecha esta precisión vamos a ocuparnos de definir el funcionamiento de un mercado competitivo y las principales hipótesis de la teoría económica del bienestar. Iniciaremos nuestra andadura describiendo el supuesto del hombre económico como hombre racional y egoísta. En segundo lugar, describiremos las hipótesis bajo las cuales se cumple

² Véase Arrow: «An extension of the Basic Theorems of Classical Welfare Economics» en J. Neyman (ed.). *Proceedings of the Search Berkeley Symposium on Mathematical Statistics and Probability*. University of California Press, 1951. El teorema viene a demostrar la conjetura de A. Smith. En un mercado ideal los intercambios entre individuos racionales y egoístas producen un equilibrio competitivo que es un óptimo de Pareto. Las hipótesis de un mercado ideal se explican más adelante.

el teorema de la teoría económica y en tercer lugar analizaremos el concepto de eficiencia, especialmente en su versión paretiana porque juega un papel muy importante.

El hombre económico.

En su origen la economía clásica partió de un conjunto de presupuestos que en cierta medida fueron compartidos por el iusnaturalismo racionalista como ya señalara acertadamente Schumpeter. Adam Smith sostuvo una concepción del hombre económico, como un hombre racional, individualista y egoísta. Existe una mano invisible que rige la economía -la ley natural de la economía-, según la cual individuos que persiguen su propio interés en un mercado competitivo producen un resultado no intencionado e imprevisto: el bienestar social. El mismo espíritu que llevó a los economistas a buscar unas leyes naturales justas impulsó a los juristas a buscar en la naturaleza el criterio de ordenación institucional justa. El parentesco de la economía clásica con ciertos tipos de reflexión jurídica es evidente. Pero sus historias han sido muy distintas. La fe en una mano invisible que rige la economía y conduce a la eficiencia mediante las leyes del mercado ha dejado de ser una fe irracional y ha sido formalizada con potentes instrumentos de análisis. Hoy día se conocen con exactitud la fuerza de sus argumentos pero también las condiciones -no muy generales- bajo las cuales tiene validez.

La economía de mercado se basa en un conjunto de supuestos y valores. La idea quizá más importante es que la racionalidad y el egoísmo del individuo conducen a un resultado no previsto e intencionado por el individuo: la eficiencia social. De ahí se infiere -creo que incorrectamente, como veremos- que el modo de organizar el mundo de la economía es que los propios individuos decidan en un mercado competitivo. Los individuos conocen perfectamente cuáles son sus intereses y sus preferencias. El *individualismo* es el primer valor sustancial.

En la justificación del individualismo Locke ocupa un lugar sumamente importante. La sociedad según Locke constituye un agregado de individuos que ya tienen unos derechos innatos que nadie puede violar y que son inalienables. El hombre en el estado de naturaleza tiene esos derechos: la vida, la integridad física, la libertad y la propiedad. Son derechos que ninguna mayoría ni ningún bien colectivo pueden vencer. Son triunfos que tiene el individuo frente al estado y frente a todos los demás hombres³.

La vida en el estado de naturaleza, sin embargo arguye Locke, es insegura porque no existe forma de garantizar los derechos naturales. En el estado de naturaleza no existe una jurisdicción superior a las partes que tenga como objetivo castigar a aquellos que atenten contra los derechos naturales. La vida en sociedad, el pacto social se justifica para

³ Una versión moderna y actualizada de la teoría de los derechos como triunfos frente a la mayoría puede verse en R. Dworkin: *Taking Rights Seriously*. (6 ed.). Harvard University Press, 1979.

garantizar mejor esos derechos naturales. El estado sólo tiene sentido para convertir los derechos naturales en derechos jurídicos. El estado es el garante de los derechos pero nada más. En el caso de que el estado atente contra alguno de los derechos naturales el ciudadano puede volver al estado de naturaleza rebelándose contra el gobierno que no cumple con sus deberes. El estado está para satisfacer las necesidades de orden público pero no para privar a los ciudadanos de su libertad o de su propiedad. Los ciudadanos deben ser los que decidan según sus preferencias sin que exista ninguna necesidad de que el estado suplante su libertad.

Es consecuente con el individualismo rechazar todo tipo de ética social exógena que sea contraria o independiente de la voluntad de los individuos que afecta. Cualquier limitación de los derechos de los individuos sólo es permisible o justificable si el individuo afectado está de acuerdo. No existe ninguna razón -afirmaría el buen liberal- para que un planificador externo nos diga qué es lo bueno. Los juicios preferenciales de los planificadores valen tanto como los de cualquier ciudadano. El individualismo se toma en serio los derechos de los individuos. La *doctrina* ha inferido que el sistema de libre mercado -al basarse en el individualismo- no sólo es preferible por su eficiencia social sino también porque es el único sistema compatible con derechos individuales fundamentales no económicos como por ejemplo la libertad.

Ahora bien, la teoría económica no sólo asume el individualismo sino que además supone que el hombre es un ser *racional* y *egoísta* de tal modo que es el propio individuo el que tiene mejor información acerca de sus preferencias y de sus intereses, al mismo tiempo el individuo es el que los sabe defender mejor. El hombre intenta conseguir el máximo de bienes con el mínimo coste y es capaz de hacer todos los cálculos necesarios para llegar a este objetivo. Algunos liberales, además, sostienen -muy especialmente Hayek- que los individuos tienen una información que ningún planificador social podría llegar a tener. Este es un punto importante porque ningún planificador social puede ser capaz de recabar tanta información a tan bajo coste. Además si el individuo se equivoca, no es racional, él mismo sufre las consecuencias de su irracionalidad, de tal modo que existen incentivos para que los individuos se comporten racionalmente.

Otra asunción valorativa importante hace referencia a los criterios de evaluación de una sociedad determinada. Las leyes del mercado competitivo cuyos agentes son individuos egoístas y racionales producen eficiencia social. La eficiencia es el valor por excelencia de un sistema económico⁴. Sin embargo existe una relación inversa -*trade off*- entre principios de equidad y de eficiencia. En la medida en que tratemos que la distribución sea equitativa nos alejamos de la eficiencia. Se produce por tanto una caída en picado de la riqueza social. La teoría económica

⁴ Véase por ejemplo A. Schotter: *La economía del libre mercado*. Barcelona, Ariel, 1987, p. 140 en la que afirma «desde el punto de vista económico, el único requisito exigible a un sistema es su eficiencia y toda cuestión de moralidad carece de sentido».

se ha ocupado en los últimos tiempos de este problema. Como tesis generalizada, el hecho de que exista una relación inversa entre equidad y eficiencia no quiere decir que toda la teoría económica esté a favor del principio de eficiencia ni que sea siempre deseable la solución eficiente. La teoría económica -sobre todo en los últimos tiempos- ha tendido a poner de manifiesto la contradicción o la incompatibilidad entre criterios normativos. Creo que este punto es importante porque se tiende a identificar la eficiencia con el único criterio mediante el cual se juzga un sistema. Como señala Barberá «una parte importante de los desacuerdos a que puede dar lugar la utilización de criterios normativos tan generales como por ejemplo los de justicia y equidad se debe a que... no es fácil darles expresión formal. Y sería interesante hacerlo, porque esto permitiría incorporarlos, en pie de igualdad con el criterio de Pareto»⁵. Las relaciones entre justicia y eficiencia son muy complejas y se pueden plantear desde muchas perspectivas, de forma muy sencilla o muy sofisticada. Pero una sociedad idealmente justa es una sociedad eficiente. Una sociedad que despilfarra recursos no es una buena sociedad y difícilmente la calificaríamos de justa o equitativa. La eficiencia es un componente de la justicia aunque ni el único ni el principal criterio de justicia. Es decir, la eficiencia no triunfa siempre frente a los otros criterios componentes de la justicia. Por último, eficiencia y equidad no siempre se oponen. Pueden existir situaciones en las cuales la relación inversa no se da⁶.

Las hipótesis de un mercado ideal.

He sugerido algunos de los principales presupuestos de la teoría económica. La idea fundamental es que en un mercado ideal los intercambios producen un equilibrio que es un óptimo de Pareto. Complementario con el supuesto anterior: Los mercados reales, los actuales, no son mercados ideales pero tienden a producirse situaciones cercanas al óptimo de Pareto. De ahí, la doctrina infiere la justificación de la economía de libre mercado. Inferencia que -como veremos- ignora los límites del discurso de la teoría económica.

Las *condiciones*⁷ que debe reunir un mercado ideal -según la teoría económica- son en principio las siguientes:

1.-Que la información -acerca de los precios- que poseen los sujetos que intervienen en el mercado es completa.

⁵ Véase Barberá: «Justicia, equidad y eficiencia». *Hacienda Pública*. 1978, p. 213. En este trabajo Barberá presenta diversas contribuciones cuyo propósito común es el estudio de criterios normativos distintos al de Pareto, compatibles o incompatibles con éste. Barberá sostiene que la teoría económica no puede resolver las controversias pero que sí que puede clarificar los términos en que se plantean.

⁶ Véase sobre este punto el artículo citado de Barberá, p. 214.

⁷ Véase sobre este punto A. Buchanan: *Ethics, Efficiency and the Market*. Oxford Clarendon Press, 1985, p. 14.

2.-Que los derechos de propiedad sean estables y bien establecidos. De tal manera que el mantenimiento y la garantía de este derecho no produzca costes adicionales.

3.-El individuo es egoísta y racional. El individuo tiene claro siempre cuál es su interés y puede ordenar sus preferencias de forma transitiva. Es decir que si prefiere w a p y p a x prefiere también w a x .

4.-Los costes de transacción son cero. Por ejemplo los costes que supone ponerse de acuerdo, sucesivas ofertas, tienen que ser cero.

5.-Un mercado ideal carece de externalidades. En un modelo de competencia perfecta el único lugar de interacción social es el mercado. Fuera del mercado no se produce ningún tipo de influencia entre los individuos que afecte a la oferta, la demanda o los precios.

6.-Los productos ofrecidos en el mercado no están diferenciados entre los ofertantes de tal manera que a igualdad de condiciones es indiferente comprar uno u otro.

7.-Los individuos que participan en un mercado consideran los precios como un dato. No tienen el suficiente poder para alterarlos como consecuencia de sus decisiones. Se excluyen -en particular- conductas monopolísticas.

Estas siete condiciones son suficientes para que se produzca un óptimo de Pareto. Los supuestos y las condiciones de la economía del libre mercado son tan restrictivos que una aplicación indiscriminada de sus tesis es improcedente.

El concepto de eficiencia.

El concepto de eficiencia social es un concepto clave de la teoría económica. Sin embargo en la literatura se utiliza con significaciones distintas. Voy a dedicar atención al criterio paretiano porque juega un papel fundamental⁸.

Vilfredo Pareto propuso un criterio que pretendía resolver algunos de los inconvenientes del utilitarismo y que permite clasificar las decisiones sociales. El utilitarismo propuso la máxima «la mayor felicidad para el mayor número posible» para valorar la justicia de las instituciones. Las quebras del utilitarismo, su falta de respeto por las minorías, la justificación de atrocidades e incluso de la esclavitud en el caso que produjera mayor felicidad, la dificultad de valorar y medir la intensidad de

⁸ Sobre el concepto de eficiencia existen disputas. Véase por ejemplo J. Coleman: «The Economic Analysis of Law» en J. Pennock y J. Chapman eds: *Ethics, Economics and Law*. NOMOS XIV, New York University Press, 1982, p. 83 y ss. en las que mantiene la ambigüedad del concepto de eficiencia y sus interpretaciones en el sentido de Pareto y de Kaldor-Hicks. Kaldor-Hicks propusieron el criterio de compensación para obviar algunos de los problemas del criterio paretiano. Según este criterio el estado social X es superior al estado social Y, si los que ganan con ello pueden compensar a los que pierden. Con ello se permite comparar situaciones alternativas en las que alguien sale perjudicado. Sin embargo este criterio tiene inconvenientes semejantes a los del utilitarismo porque se deben hacer comparaciones interpersonales -y no se sabe como hacer estas comparaciones- y además la compensación sólo es hipotética porque no es necesario que los que salen beneficiados paguen.

la felicidad condujo a algunos economistas a sostener lo que se ha denominado el criterio paretiano, un criterio individualista que exige unanimidad para la elección de procedimientos de decisión social. La ética paretiana es una ética procesual en el sentido que diseña procedimientos decididos por unanimidad. Lo único preocupante es si se respeta y se aplica el procedimiento con lealtad. La ética paretiana es negativa en el sentido de que es una condición necesaria aunque no suficiente de la justicia.

Según Pareto *una decisión social es óptima si no existe otra situación diferente que se prefiera unánimemente*. No parece difícil pensar que la idea de que deben rechazarse todas las situaciones que todos los miembros declaran unánimemente como peor que otra puede reunir un amplio consenso. En ello reside la fuerza del criterio de Pareto. Sin embargo, ha sido objeto de muchas críticas por tres razones fundamentales. *En primer lugar* porque se concede a cada uno de los individuos de la sociedad el derecho de veto a cualquier medida o decisión social. En efecto, una definición alternativa, pero *equivalente*, del óptimo de Pareto sería la siguiente: una situación es óptimo de Pareto si dada cualquier otra alternativa siempre haya alguien que la veta. La consecuencia es que típicamente hay muchas situaciones distintas que son -todas ellas- óptimos de Pareto. *En segundo lugar* porque no se pone en cuestión el punto de partida y por tanto se conserva el statu quo. *En tercer lugar* porque es escasamente sensible a los problemas de justicia distributiva. Una sociedad ideal que asignara todos los recursos a X y ninguno a Y es tan óptimo de Pareto como otra sociedad en la cual a cada uno se le asignara el 50 por ciento. Una sociedad en la cual se asignaran el 30 por ciento a cada uno de ellos y tirara el resto no cumple las condiciones del óptimo de Pareto. Pero en este último caso existe la posibilidad de llegar a un acuerdo en que todos mejoren y sea por unanimidad.

Sean cuales fueren los defectos del criterio es indudable que juega un papel de importancia en la teoría económica ya que en su teorema fundamental se utiliza el óptimo de Pareto. En todo caso la utilización del criterio de Pareto no supone la justicia de la decisión sino simplemente su eficiencia. Este punto es especialmente importante porque la doctrina -que no la teoría⁹- ha inferido la moralidad del mercado del principio de eficiencia. Y es que las palabras también embrujan porque llamar *óptimo* a ciertos estados sociales fuertemente desiguales es confuso.

⁹ Una parte muy importan-te de la literatura de la teoría económica tiene que ver con el estudio de la relación entre la justicia y la eficiencia. Véase por ejemplo S. Barberá: «Justicia, Equidad y Eficiencia». *Hacienda Pública*, 1978 p. 213 en la que afirma «A pesar de sus conocidas limitaciones, el criterio de Pareto sigue siendo el único sobre el que los economistas parecen haber llegado a un amplio consenso. Y tiene la ventaja de que admite una expresión formal rigurosa, que permite incorporarlo plenamente al análisis teórico. Pero el criterio de Pareto tiene capacidad muy limitada para discriminar entre distintos estados económicos; y por ello el economista tiene que apelar a consideraciones adicionales, de naturaleza distinta; de equidad, justicia, desigualdad, etc... *Estos otros criterios son tanto o más relevantes que el de Pareto*, pero desde luego más difíciles de explicar analíticamente». (El subrayado es nuestro).

Recapitulando, la teoría económica del bienestar ha partido del supuesto que los individuos son racionales y egoístas y ha definido las condiciones de un mercado ideal. Sólo bajo estas hipótesis el funcionamiento del mercado competitivo conduce a un óptimo de Pareto. La conjetura de A. Smith ha sido demostrada por la moderna teoría económica del bienestar, pero es sumamente importante respetar sus propios límites para que sus tesis se puedan aplicar.

Las doctrinas del libre mercado.

Las doctrinas del libre mercado han utilizado el teorema de la teoría económica para defender la deseabilidad social del sistema del libre mercado. Sin embargo estas doctrinas infieren precipitadamente tesis que sólo tienen apoyatura en los mercados ideales. La teoría económica sostiene que sólo bajo ciertas condiciones y ciertas hipótesis el mercado competitivo conduce a un óptimo de Pareto.

La primera de las críticas que se puede ofrecer es la siguiente. *Las economías actuales no satisfacen las hipótesis sugeridas por la teoría económica* y por tanto el teorema no puede aplicarse a cualquier situación social. Por tanto toda aquella doctrina económica -que busque apoyatura en la teoría económica sin respetar los propios límites de su discurso usa y abusa de la teoría para lograr objetivos políticos.

Cuatro ejemplos pueden servir para mostrar que -fuera de los límites impuestos por las hipótesis- la mano invisible no funciona: el dilema del prisionero, los bienes públicos, las externalidades y la información asimétrica que vamos a estudiar sucintamente. Evidentemente no es difícil imaginar situaciones reales cuyas características encajen en estos ejemplos.

*El dilema del prisionero.*¹⁰

En primer lugar no siempre existe una relación directa entre racionalidad y eficiencia. Aun aceptando que el hombre siempre se comporta racionalmente podemos encontrar casos en los cuales una conducta racional lleva a una solución social ineficiente. Es decir, la tesis de A. Smith según la cual los individuos persiguiendo su propio interés y su egoísmo individual producen -sin tener conciencia de ello, guiados por una mano invisible- el mayor bienestar social, no es cierta siempre. Hay algunas situaciones en la vida en las cuales la racionalidad y el egoísmo no conducen a las consecuencias previstas por la economía clásica¹¹.

¹⁰ Una buena descripción del dilema se encuentra en Schotter: *La Economía del Libre Mercado*. Barcelona, Ariel 1987, p. 65 y ss.

¹¹ Véase sobre este tema el trabajo de Axelrod: *The Evolution of Cooperation*. New York, 1984. Axelrod sostiene que cuando el halo de futuro es indefinido entonces se coopera y se llega entonces al óptimo social.

El ejemplo más claro y estudiado es el dilema del prisionero. El individuo racional y egoísta -que persigue sus propios intereses- consigue unos resultados peores que si siguiera los intereses colectivos. El dilema del prisionero ha puesto en cuestión la relación entre egoísmo, racionalidad, eficiencia y justicia social. Desde el punto de vista de la eficiencia la imposición de unas leyes desde fuera que obligaran a la cooperación aumentaría el bienestar social. Esa quiebra supone la no aplicación de la teoría económica de los mercados competitivos a importantes sectores de las relaciones sociales. La eficiencia exige la cooperación y la intervención estatal porque el egoísmo y el individualismo consiguen resultados inferiores. Me parece que el dilema del prisionero constituye un importante contraejemplo de las tesis de la racionalidad de las *doctrinas* del libre mercado. Contraejemplo especialmente valioso porque no pone en cuestión los supuestos fundamentales. No parte del presupuesto de que el hombre es irracional sino que parte del presupuesto de la racionalidad y el egoísmo y llega a conclusiones -a través de procedimientos aceptados por la economía del libre mercado- inaceptables o contradictorios con la tesis fundamental.

Los bienes públicos.

Un segundo punto de interés son los bienes públicos. Cuando Adam Smith sostuvo la fe en la mano invisible, en la racionalidad y el egoísmo del individuo y en el resultado eficiente que producía el mercado competitivo, tenía en mente bienes privados. Un bien privado se consume y excluye a todos los demás individuos de su consumo. Por ejemplo, si tengo una manzana sólo la puedo consumir yo, o venderla o donarla. Pero el consumo -comer la manzana- excluye el consumo de todos los demás. En cambio, en nuestras sociedades no sólo existen bienes privados sino también existen bienes públicos. Un bien público no es excluyente. Puedo consumir un bien público sin excluir a los demás. Por ejemplo el aire o el mar son bienes públicos. El hecho de que vaya a la playa a bañarme no excluye a los demás que hagan lo propio. Las carreteras, la educación son otros ejemplos de bienes públicos que tienen efectos externos importantes.

Pero es posible que yo me beneficie del consumo de un bien público sin colaborar en su costo. Imaginemos que en un pueblo de alta montaña se quiere asfaltar las calles y todos los vecinos están interesados en ese bien público. El alcalde convoca a los vecinos y les propone la citada iniciativa siempre y cuando colaboren con los gastos que supone el asfaltado. Es posible que la mayoría de los vecinos acuerden colaborar. Sin embargo si un vecino se comporta como hombre económico a lo A. Smith debería no colaborar porque él mismo podrá usar ese bien público sin colaborar en su costo. Los recursos que no gasta en bienes públicos puede asignarlos al consumo de bienes privados. A fuerza de racionalidad el mercado se arruina, es decir, si todos los individuos fueran perfectamente racionales serían *free riders* y si fueran todos *free riders* no habría muchos bienes públicos que hoy consideramos necesarios. De nuevo

nos encontramos con una contradicción importante entre racionalidad y mercado. Las leyes del mercado imposibilitan que se desarrollen bienes públicos entre individuos racionales y egoístas. Quizá una autoridad externa debería obligar a los individuos a colaborar. Pero en ese caso se produce una quiebra y una antinomia entre los valores del libre mercado. Ningún individualista podría justificar la necesidad de la intervención del estado. La mano invisible no produce los resultados apetecidos. Y no los produce porque en principio a cada uno de los individuos le interesa el asfalto, pero cada uno de ellos tiene incentivos para no colaborar en su costo. Elementos externos -como por ejemplo la presión social o la autoridad del alcalde- son necesarios para lograr este bienestar social.

En todo caso, en las sociedades reales existen bienes públicos que no se confían a los mercados. Aquéllos no se ajustan a las hipótesis de la teoría. Sin duda los impuestos constituyen mecanismos estatales para obligar a la financiación de los bienes públicos. Para conseguir el bienestar social se requiere la intervención económica del estado.

Externalidades.

Un tercer supuesto puede servir para demostrar sus límites. A. Smith, y con él la economía neoclásica presuponían que el único campo de interconexión entre los individuos era el mercado competitivo. Sin embargo esta situación difícilmente se da en la realidad. Es muy frecuente que se produzcan externalidades. Las externalidades producen sesgos en los mercados hasta tal punto que se podría diferenciar entre los costes de los productos y los costes sociales. Los costes de los productos los pagan las empresas productoras mientras que los costes sociales no los pagan en principio estas sociedades sino la comunidad en general o un sector de la comunidad o un tercero.

Por ejemplo. Si poseo una finca en un pueblo de montaña e introduzco mejoras que la hacen especialmente atractiva para el turismo lograré un posible beneficio particular: la revalorización de esta finca y una notable plusvalía. Pero es posible que el campesino colindante -que no ha hecho nada- tenga un beneficio sin arriesgar nada como consecuencia de mi actividad. El valor de su terreno - aumentará porque en este caso he producido una externalidad positiva y, probablemente, ciudadanos ricos se interesarán por la compra de su terreno para construir una vivienda de lujo.

Desgraciadamente las externalidades no son siempre positivas. Existen numerosos casos de externalidades negativas y en estos casos específicos la libre competencia, la formación de los precios se ve fuertemente alterada. De nuevo nos encontramos con una situación del mundo real que no satisface las hipótesis y por tanto en este caso no es aplicable el teorema. Las relaciones entre los individuos no sólo se desarrollan a través del mercado competitivo. La construcción de una autopista, de un ferrocarril, de una fábrica produce externalidades importantes que no tienen nada que ver con el mercado y que alteran sustancialmente los precios del mercado. Y alteran los precios del mercado porque el coste

o el beneficio de la externalidad no lo paga o lo cobra quien la produce.

Por otra parte, los individuos no están aislados. El supuesto smithiano de que el único contacto entre los individuos se produce en el mercado competitivo no se satisface en las sociedades. Las externalidades perturban el mercado. La textura de la sociedad es más compleja que el mercado. Los costes de los productos de las empresas no son independientes de los costes de las demás empresas. Todo ello conduce a pensar que los supuestos de equilibrio competitivo son excepcionales y que por tanto una aplicación indiscriminada de los supuestos del libre mercado a cualquier situación es inadecuada. En el mundo real nos encontramos con pocas situaciones económicas sin externalidades.

Información asimétrica.

Se da información asimétrica cuando los individuos que forman parte de una negociación no tienen el mismo acceso a la información. Hayek ha dado muchísima importancia al tema de la información de tal manera que una de las grandes ventajas del sistema de libre mercado es que potencia la información al máximo con el mínimo de coste¹². Pues bien, hay cierto tipo de mercados en los cuales la asimetría de información entre los individuos que están interesados en él produce la auténtica ruina del mercado. Entre los supuestos de la teoría económica del bienestar el de la información completa ocupa un lugar importante. Sin embargo en el mundo en el que vivimos no siempre ocurre eso. Hay situaciones en las cuales la información es asimétrica. Por ejemplo, supongamos que en las recientes inundaciones del Levante español se ha producido el deterioro de todos los ordenadores personales de la ciudad de Valencia. Los reparadores de ordenadores conocen el alcance de las averías, pero el público desconoce su gravedad. La información es asimétrica. Si suponemos que hay dos clases de averías cuyos costes son diez y treinta mil pesetas y el cliente no sabe ni puede saber qué tipo de avería tiene ¿cuál será la cantidad que se le facturará? Algunos economistas han sugerido que en estos casos de *riesgo ético todas las empresas que actúen conforme a los principios del libre mercado facturarán la cantidad superior*. Seguramente eso constituye una anomalía y aplicar el teorema a situaciones de información asimétrica es inadecuado. Obsérvese que el mercado necesita algo más que racionalidad individual para producir resultados satisfactorios. Sólo una intervención externa puede garantizar la ética profesional. De nuevo nos encontramos con que la mano invisible no produce resultados aceptables.

Otro caso *-the market of lemons-* puede servir para aclarar este punto. Imaginemos que existe un mercado de segunda mano de ordenadores personales. Los únicos que saben el estado de funcionamiento de

¹² Precisamente Hayek sostuvo frente a la teoría económica socialista que una de las grandes ventajas del mercado es que ofrece información y la procesa con muy poco coste. Mientras que sería imposible -para un planificador- procesar y valorar tanta información.

los ordenadores son los propietarios. Las diferencias en la calidad pueden ser muy importantes. ¿Cómo se desarrollará la actividad en el mercado? Seguramente, a pesar de que exista interés en el intercambio no se llevará a cabo porque no existe confianza suficiente en la calidad de los productos. Porque un ordenador de calidad no se venderá al precio promedio de uno que esté en condiciones precarias de funcionamiento. El comprador no sabe nada acerca de la calidad del producto y sólo estaría dispuesto a pagar el precio promedio. Sin embargo el vendedor no estará dispuesto a vender un ordenador de mayor calidad a un precio inferior y por tanto desde el punto de vista del comprador el precio promedio sólo será para aquellos ordenadores que sea igual o inferior en el precio. Y en este caso el riesgo es demasiado alto -por caro- y entonces no compra. La solución será salirse de nuevo del mercado: Exigir un control que dote de confianza al comprador de la calidad del producto. La intervención del estado -o cualquier otro mecanismo que moralice el mercado- es necesaria si se quiere mercado. El mercado por sí solo -en este caso- no llega a producir un equilibrio óptimo de Pareto.

Algunas conclusiones provisionales.

Los cuatro ejemplos citados especifican algunas condiciones bajo las cuales la mano invisible no funciona. De ello se sigue que para la producción de bienes públicos -como por ejemplo la construcción de carreteras, educación, etc.- lo mejor es no confiar las decisiones al mercado. En estos casos el teorema no funciona. Por tanto toda aquella doctrina económica que pase por alto los límites de la teoría económica y pretenda fundamentarse en ella es incorrecta.

Precisamente de los límites de la teoría económica surge la necesidad de introducir un estado que toma decisiones económicas para la producción de bienes públicos. El estado no sólo tiene la función de garantizar unos derechos o salvaguardar el orden sino también la de crear bienes públicos y la de tomar decisiones económicas en aquellas situaciones en las que el mercado no cumple las condiciones exigidas por la teoría. Cuando el mercado no funciona es necesario diseñar instituciones alternativas para la toma de decisiones que canalicen estos intereses racionales y egoístas. El estado es una de ellas pero existen muchas otras. Algunas veces estas instituciones se generan espontáneamente porque existe la convicción de que la cooperación es beneficiosa.

Estas instituciones estarán legitimadas si las decisiones que toman acaban promoviendo el bienestar social. Cabría suponer que la mano invisible no rige sólo el funcionamiento de los mercados sino también de las instituciones. A pesar de que las autoridades y los políticos tienen intereses egoístas -como por ejemplo mantenerse en el cargo, aumentar su poder, favorecer a sus amigos o enriquecerse- ¿promocionan estas instituciones el bienestar social?

Pero ésa no es la única razón para rechazar las doctrinas del libre mercado como una panacea universal o para sostener la idea de que el libre mercado es siempre mejor que la intervención estatal o institucional.

En todo caso me parece que esta idea no se puede sostener con la apoyatura del arsenal teórico de la teoría económica del bienestar. Hay otras razones.

En páginas anteriores hemos sugerido que la eficiencia social es el criterio de justificación de un sistema económico. Hemos puesto de manifiesto que la primera virtud de un sistema económico es la eficiencia. Una sociedad que despilfarre recursos básicos no puede ser considerada una sociedad justa. También hemos señalado que los economistas se han preocupado de la relación inversa entre eficiencia y equidad. Todos estos argumentos podrían hacer creer que la teoría económica sugiere que el único criterio de justificación de un sistema económico es la eficiencia. Ahora bien, la eficiencia en el sentido de Pareto genera muchos óptimos distintos, algunos de ellos muy injustos. De entre todos ellos hay que seleccionar el justo. La eficiencia es una condición necesaria -sin ella no hay justicia -pero no suficiente de justicia. Ciertamente la *doctrina* ha insistido en este punto y -a veces exagerando- ha llegado a afirmar que «la eficiencia es un adecuado concepto de justicia»¹³. Pero la doctrina que mantiene esta tesis ignora que incluso en los casos en los que pueda aplicarse el criterio de eficiencia social recogido por el óptimo de Pareto no es deseable socialmente. Abundante literatura de teoría económica dedica su atención a las relaciones entre equidad y eficiencia y a la no deseabilidad social de la utilización del criterio de eficiencia como el único criterio de valoración de un sistema. Lo cual no excluye la posibilidad de decisiones sociales eficientes y además equitativas. Por ejemplo, para alcanzar una asignación de recursos óptima basta operar en un mercado competitivo y redistribuyendo igualitariamente todos los derechos de propiedad. Desde un punto de vista ideal este ejemplo muestra que no siempre existe una relación inversa entre eficiencia y equidad. El problema es que en la práctica no hay procedimientos factibles de este tipo y debe hacerse con mecanismos específicos como, por ejemplo, los impuestos sobre la renta. Según cómo estén diseñados estos mecanismos de redistribución afectan a las decisiones que tomarán los agentes. Se pierden incentivos para trabajar si realmente se paga un porcentaje muy alto. En este caso el *trade off* se produce pero ése es un defecto del mecanismo y no una relación necesariamente inversa entre eficiencia y justicia. Precisamente la idea que defenderemos es que la eficiencia es uno de los componentes de la justicia. Sobre este punto volveremos más adelante.

Podemos concluir que toda *doctrina* económica -que pretenda fundamentarse en la teoría económica- y que defienda que el único criterio de justificación de un sistema económico es la eficiencia está sesgando o sacando conclusiones incorrectas de la propia teoría económica. En

¹³ Véase R. Posner: *The Economics of Justice*. Harvard University Press, 1981, p. 6. La afirmación es exagerada pero quizá útil para un auditorio de juristas que desconocen o eluden en muchas ocasiones el criterio de eficiencia sea para la política legislativa o para la toma de decisiones de los tribunales.

todo caso es una conclusión precipitada porque el tema es mucho más complejo.

Conocimiento jurídico y teoría económica.

La teoría económica se ha preocupado -en los últimos tiempos- por temas jurídicos. Sus métodos de análisis, su perspectiva y sus formalizaciones son tan atractivos como incomprendidos por los juristas. Sus tesis han sido observadas con muchos recelos no sólo por la dificultad de comprensión sino también porque se infería -probablemente por el impacto de las *doctrinas*- que la teoría económica tenía la función de justificar el neoconservadurismo político¹⁴.

Si se mantienen las tesis de la teoría económica en sus justos límites podemos afirmar que si bien «es una opinión universal entre los economistas -incluyendo a los marxistas- que los mercados maximizan la riqueza social»¹⁵ en realidad existen muchas situaciones sociales que no cumplen las condiciones de los mercados y por tanto se exige la intervención del estado o el diseño de instituciones. En otras palabras las condiciones bajo las cuales la teoría económica tiene validez no son muy generales.

Muchos economistas consideran que «desde un punto de vista económico, el único requisito exigible a un sistema es su eficiencia y toda cuestión moral carece de sentido»¹⁶. Este tipo de planteamiento se ha introducido en la reflexión jurídica mediante las escuelas del análisis económico del derecho -especialmente la de Chicago-. Posner sostiene la tesis de que «la eficiencia -tal y como la defino- es un adecuado concepto de justicia». La postura de Posner es exagerada y no encontraría consenso entre los teóricos de la economía pues ya hemos visto que existe una importante literatura que se preocupa por el tema de las relaciones entre eficiencia y equidad. Existen situaciones en las cuales las decisiones eficientes no se deben aplicar por cuestiones de equidad. Al mismo tiempo pueden existir situaciones óptimas: eficientes y equitativas.

Sin embargo, la exageración quizá es útil para mostrar algo que los juristas tradicionalmente ignoran. Estos se han ocupado básicamente de los problemas que ofrece un sistema legal desde la perspectiva de la dialéctica entre justicia y seguridad jurídica, mientras que han sido muy poco sensibles al análisis de los problemas jurídicos desde el punto de vista de las consecuencias, de los costes y de la eficiencia.

La teoría y la filosofía del derecho no fueron insensibles a la *importancia* del análisis de las consecuencias y de los costes sociales. Todo el

¹⁴ Es cierto que algunos autores americanos que han utilizado los métodos de la economía aplicados al derecho son además neoconservadores. Pero no todos. La escuela de Yale dirigida por Calabresi está lejos del neoconservadurismo.

¹⁵ Véase R. Posner: *The Economics of Justice*, op. cit, p. 67.

¹⁶ Véase A. Schotter: *La economía de libre mercado*. Barcelona, 1987, p. 140.

movimiento antiformalista de finales del siglo XIX insistió en el tema de las consecuencias, del fin en el derecho, de la necesidad de resolver los conflictos jurídicos con criterios que produjeran resultados justos y eficientes. Pero todas esas afirmaciones no eran nada más que propuestas metodológicas, deseos de separarse de un modelo de función social de jurista reducido a la subordinación, conservación, interpretación y aplicación de la ley. Pero no se tenían los instrumentos adecuados para convertir en realidad esa vieja aspiración.

La alusión a las consecuencias, a los costes, a la eficacia servía para distanciarse del texto de la ley. Unas ideas intuitivas sobre la justicia material -en la cual cabe cualquier tipo de consideraciones valorativas convertían decisiones en jurídicas por caminos distintos a los establecidos en la legislación. Ahora bien, el precio de la adecuación de la aplicación del derecho a nuevas circunstancias sociales era la adulteración de uno de los principios fundamentales de todo ordenamiento normativo bien diseñado: la seguridad jurídica.

En última instancia se aludía a un concepto intuitivo de justicia material que servía para decidir. Probablemente era lo único que se podía hacer ya que se carecía de instrumentos analíticos adecuados para el tratamiento de los temas de la eficiencia o de la equidad. Esta vieja aspiración ha sido recogida por sectores importantes de la economía que han hecho propuestas no sólo reformistas sino también cognoscitivas que no pueden ser ignoradas por los juristas¹⁷. En síntesis, han partido de la idea de que los criterios de eficiencia son los criterios fundamentales a la hora de diseñar las reglas de juego de una sociedad. El derecho sólo tiene sentido como una idea práctica que tiende a una finalidad determinada: la eficiencia¹⁸.

Pero ésta no es la situación actual. Los economistas están en condiciones de aportar métodos para el cálculo de la eficiencia social de las leyes y las sentencias. El modo de preguntar y suponer en economía es interesante aplicarlo en el estudio del derecho.

Uno de los supuestos fundamentales sería el de la *racionalidad individual*. Es plausible considerar al hombre en el mundo económico como un individuo racional y egoísta que intenta satisfacer su interés con el mínimo coste posible. Este criterio de racionalidad del hombre en la sociedad no es exclusivo del hombre en el campo económico: «si la racionalidad

¹⁷ Especialmente en el mundo anglosajón ver los trabajos de Calabresi y Posner.

¹⁸ Dentro de esta orientación existen varias corrientes de pensamiento. Posner por ejemplo mantiene una tesis muy radical en tanto considera que el criterio de la producción de máxima riqueza es el elemento fundamental de la justificación de un sistema. Véase su obra citada p. 6 en la cual afirma que «la eficiencia -tal y como la defino- es un adecuado concepto de justicia». La postura de Calabresi -pionero del análisis económico del derecho- es mucho más matizada. Sostiene que el método del análisis económico es especialmente útil, pero la eficiencia no es el único criterio de justicia. Véase «Sobre los límites de los análisis no económicos del derecho» en *Anuario de Filosofía del Derecho*. 1985 p. 227 y ss. Véase también junto con Ph. Bobbit: *Tragic Choices*. New York, 1978.

es una característica general y dominante de la conducta social, entonces el aparato conceptual construido por generaciones de economistas para explicar la conducta del mercado puede ser utilizado también para explicar la conducta fuera del mercado»¹⁹. Los economistas tratan de estudiar el derecho desde esta perspectiva.

El segundo supuesto importante es que las leyes deben ser eficientes. La función de las leyes no es la de declarar principios morales o de justicia. Las leyes tienen funciones directivas y deben conseguir los objetivos que pretenden. El derecho puede ser visto desde la perspectiva de la eficiencia.

Un ejemplo puede servir para especificar el punto. Imaginemos un cruce de carreteras al que llegan dos individuos con sus automóviles. Los dos tienen el máximo interés en pasar lo más pronto posible. ¿Cómo se debe regular esta situación? Una posible salida sería dejar el tema al mercado sin la existencia de normas previas. Los individuos decidirán según ellos mismos acuerden. Una posibilidad sería no detenerse y esperar que el otro se detenga. Pero si los dos piensan lo mismo entonces el coste de la decisión es pésimo para los dos porque arriesgan sus vidas. La segunda solución sería que los dos se detuvieran y acordaran quién pasa primero. En ese caso se evitaría el posible accidente pero los costes de transacción serían tan grandes -los dos perderían tiempo- que los dos saldrían perjudicados. Existe una tercera solución. Confiar esta decisión a una instancia que no sea el mercado. En este caso una autoridad dictará una norma y ésta será eficiente y racional porque evita los costos que supone el mercado y se consigue el objetivo del mínimo costo social.

El ejemplo es trivial y no puede extenderse a todo el campo del derecho. Pero ofrece una luz importante. El criterio de eficiencia es un criterio útil -aunque no el único- a la hora de diseñar instituciones que no son mercados. Y ésta es una idea fundamental para saber qué es un buen derecho. Es decir introduce este concepto como uno de los fundamentales del derecho.

Si prestamos atención a la doctrina jurídica dominante de raíz dogmática normativista observaremos que el objeto fundamental de la ciencia jurídica es la descripción de las normas del derecho positivo. Una ley es juzgada desde un parámetro determinado que se denomina justicia. Bobbio, por ejemplo establece la distinción entre la ciencia del derecho y la filosofía del derecho. La filosofía del derecho es un esquema de valoración del derecho positivo. Una ley es justa si corresponde con un ideal de justicia determinado. Obsérvese que la comparación se hace desde el texto a un principio normativo de justicia. No se incide directamente si esa norma cumple en realidad los objetivos que pretende. No se piensa en la efectividad de la norma más que como característica general del ordenamiento jurídico. Lo relevante es la declaración del objetivo y la concordancia de ambos -el del derecho y el de la justicia-. No se plantea el problema de si el medio -la ley- es adecuada, compatible o incompatible con el objetivo. Lo único que se plantea es la concordancia o la discordancia.

¹⁹ Véase Posner: *The Economics of Justice*. Harvard University Press, 1981, p. 2.

El saber jurídico más desarrollado y dominante partió de un programa de investigación claramente definido. Una ciencia del derecho completa debe distinguir dos problemas bien definidos. Por una parte se debe ocupar de la *ciencia de la legislación* cuyo objetivo fundamental es diseñar cómo debe ser el derecho. Frente a esa ciencia de la legislación existe otra que se denomina jurisprudencia -en el sentido de ciencia del derecho-. La *jurisprudencia* no se ocupa de cómo debe ser el derecho sino de cómo es. Austin estableció ese programa con precisión y toda la ciencia dogmática del derecho se ha preocupado fundamentalmente del problema de la descripción del derecho. Entendiendo por derecho el sentido de las normas. El máximo exponente de la teoría normativista -Kelsen- propuso una teoría pura del derecho, como la teoría normativa del derecho. Es decir una teoría cuyo objeto fundamental fuera la *descripción de las normas y de las relaciones entre ellas*. La teoría pura del derecho se denomina pura porque pretende ser neutral políticamente y porque pretende construir una ciencia jurídica aislando, diseccionando, de la realidad social que denominamos derecho, únicamente su *aspecto normativo*; no en el sentido prescriptivo, sino meramente descriptivo.

El avance que ha supuesto el normativismo respecto a las teorías tradicionales del derecho es importante. Pero, uno de los problemas más importantes de esta teoría venía determinado por la relación entre validez y eficacia. Kelsen considera que la eficacia de un ordenamiento es condición de validez de las normas, pero no su razón de validez. La conducta social sólo es relevante en última instancia -cuando un ordenamiento normativo no es obedecido nunca- para invalidar el sistema normativo. Kelsen separa la conducta que debe ser según el ordenamiento jurídico de la conducta social. Reivindica la autonomía de la ciencia jurídica como *ciencia de la conducta que debe ser según el ordenamiento*.

El diseccionismo kelseniano dejaba fuera de su análisis los problemas de la política legislativa o de la política jurídica. Dejaba también fuera de su análisis la conducta social porque el objeto de la teoría no es estudiar cómo es la conducta social sino cómo debe ser la conducta social según el ordenamiento jurídico.

El saber jurídico más desarrollado ha insistido en dos puntos importantes. *Primero* que las cuestiones jurídicas son fundamentalmente cuestiones de descripción objetiva de las normas del ordenamiento jurídico. *Segundo*, que las cuestiones de justificación de las normas o del derecho son metajurídicas que se deben relacionar con la filosofía y especialmente con la ética normativa. Pero ésa no es la tarea del científico del derecho sino del político. La corriente dominante además ha insistido en que las cuestiones de justificación de las normas desde el punto de vista ético son irracionales pues no existe una ciencia de los valores justos. Es decir, que en última instancia se deja al reino de la irracionalidad o de los políticos la discusión del problema de la valoración del derecho. En las versiones más radicales la política jurídica no puede ser objeto de conocimiento científico.

La propuesta de la teoría económica de utilizar el criterio de eficiencia como un criterio fundamental para el estudio de problemas jurídicos puede

servir para ampliar el universo del discurso jurídico y evitar el reduccionismo kelseniano o normativista. Especialmente interesante es su visión desde el punto de vista de la ciencia de la legislación. Si el legislador se plantea el problema de una nueva decisión el normativismo sólo le puede ofrecer -en el mejor de los casos- una técnica puramente jurídica, es decir de cómo se deben articular las normas e integrarlas en el conjunto del ordenamiento. Pero ése no es el verdadero problema. El problema que se plantea el legislador es si esa medida es justa o injusta. En este caso el legislador compara el texto de la norma con un ideal, una ideología determinada. La ley es el instrumento que sirve para alcanzar esos objetivos. Pero nadie se plantea si ese medio, ese instrumento es el adecuado para conseguir los citados objetivos. Y ése es el problema fundamental de la ciencia de la legislación. Los métodos jurídicos consisten -hoy por hoy- en una buena intuición de la justicia y una buena declaración de principios junto con una implementación normativa intuitivamente adecuada y consistente con el ordenamiento normativo. Pero no nos engañemos, muchas veces los resultados de la ley -la conducta social- no se ajusta a los objetivos de la ley. Se parte del presupuesto de que si la ley es buena porque corresponde a un ideal de justicia bueno, entonces la ley es buena. No se tiene en cuenta que los individuos que están sometidos a esta ley pueden reaccionar con conductas distintas y contradictorias a los objetivos de la ley. A veces parece como si las leyes no tuvieran el objetivo de dirigir la conducta de los ciudadanos sino simplemente de asignarles objetivos «morales».

El concepto de eficiencia -tal y como lo entiende la teoría económica- puede prestar especial auxilio a una concepción de la tarea de la ciencia de la legislación hasta ahora excesivamente intuicionista y subjetiva. Una buena ley no es aquélla que señala unos objetivos justos sino aquélla que *además* los consigue. La tarea de dirección social no se puede reducir a declaración de buenas intenciones. La primera condición que debe tener presente un buen legislador es que incentive a los ciudadanos a su cumplimiento y que en la realidad social se cumpla.

La tradición normativista no ha considerado la eficiencia como uno de los valores fundamentales a tener en cuenta a la hora de diseñar las instituciones. La conducta social, la reacción de los ciudadanos pueden invalidar las buenas intenciones del legislador. *Lo importante de una ley no es sólo lo que pretende sino lo que consigue.*

Si se acepta la sugerencia de la eficiencia como uno de los valores componentes de la idea de justicia la decisión del legislador no estará únicamente determinada por la bondad de un principio sino también por su realizabilidad, su cumplimiento y su observancia generalizada. A veces una ley con objetivos menos ambiciosos llega a resultados superiores porque los ciudadanos se sienten incentivados a su cumplimiento. Estas cuestiones la vieja tradición normativista las había separado merced a los conceptos de validez, valor y eficacia del derecho. Las cuestiones de justificación eran totalmente independientes de las cuestiones ontológicas.

La eficiencia puede ser un criterio orientador de la política legislativa. Pero también es un criterio que permite vislumbrar otros problemas. Por ejemplo dados ciertos objetivos se puede estudiar cuál es el medio

más eficiente para lograr este objetivo. Por ejemplo, podemos analizar un problema y preguntarnos cuáles son las razones por las cuales no admitimos o no aceptamos la solución eficiente. Seguramente hay principios que vencen a la eficiencia y en este caso estaríamos encarando el problema de los derechos. También tendríamos un criterio para juzgar cuándo las leyes están mal hechas en el sentido de que no consiguen los objetivos que pretenden. Me parece que este punto de vista se muestra especialmente atractivo desde el punto de vista de la crítica de la legislación y de la propuesta de nuevos criterios legislativos.

Pero hay otro punto que conviene destacar. Desde el punto de vista ontológico tiene que tener un mínimo de eficiencia. Una ley que no consigue ningún objetivo, que no es obedecida ni aplicada, no es una ley. Una ley que consigue objetivos distintos a los que pretende es además una mala ley. Como objeto de una teoría descriptiva de normas sólo podemos tener en cuenta aquellas leyes que inciden sobre la conducta de los ciudadanos. Los juristas a veces han acudido a los preámbulos de las leyes, a las intenciones del legislador o a la voluntad de la ley para adecuar la norma a la realidad social en base al principio de la racionalidad del legislador. Pero obsérvese que todo ello se hace en base a buenas intuiciones pero poco seguras y reiterables.

Si debiéramos hacer el diseño de un derecho ideal -que no corresponde a la realidad social- me parece que deberíamos exigir, por una parte que las leyes consiguieran los objetivos que pretende la sociedad. En segundo lugar que existieran garantías de ciertos derechos inalienables. En tercer lugar que los ciudadanos tuvieran seguridad jurídica. Pues bien, el arsenal conceptual de los economistas puede ser utilizado para conseguir un derecho bien hecho desde la perspectiva de la eficiencia. Pero un derecho eficiente no es necesariamente justo. La eficiencia no es el único criterio sino uno de los criterios básicos de un buen derecho.

El paradigma normativista debe ser mejorado. Las cuestiones de política legislativa son de fundamental importancia y en ningún caso pueden dejarse fuera del análisis si es que se pretende la construcción de un conocimiento jurídico. Las ideas de discreción judicial, de la aplicación de criterios de justicia material -típicas de los juristas en los casos difíciles- deben dejar paso a la necesaria racionalización y discusión. No niego la importancia de las decisiones intuitivas. Pero las intuiciones no son suficientes para fundamentar decisiones porque un ordenamiento jurídico no puede estar a merced de criterios subjetivos. Quien se base en ellas está sacrificando principios fundamentales como son los de legalidad, seguridad e irretroactividad. Todos ellos conquistas históricas importantes.

Y una última cuestión. La aportación de la teoría económica para el estudio de estos temas no implica que ésta pueda resolver con unos criterios lexicográficos las controversias. He insistido en sus límites para que no se interprete mi argumento como el redescubrimiento de la piedra filosofal. Me parece que si contribuye a distinguir problemas y a plantear criterios de solución y en muchos casos a poner de manifiesto la incompatibilidad de criterios eso ya constituye un paso importante.

Conclusiones.

Inicié este trabajo señalando que las argumentaciones de los economistas son radicales. La preocupación fundamental de nuestra profesión jurídica ha sido -por lo menos hasta épocas muy recientes- equilibrar la seguridad jurídica con unos criterios de justicia determinados que varían con la historia. El sistema jurídico está pensado como un sistema de derechos; es decir, quién tiene y quién carece de razón. Exige una reflexión desde las premisas, es decir desde la ley y referirse continuamente a ella. El sistema jurídico piensa en el vencedor de un pleito, en el que tiene razón porque está justificado sea en los textos legales, sea en la justicia del caso o en principios.

El normativismo ha supuesto un avance importante en la comprensión de la estructura normativa del derecho, las relaciones entre las normas, la jerarquía de esas relaciones y la problemática de la interpretación. Sin embargo, el normativismo -en sus versiones más sofisticadas como las del último Kelsen o Hart- cuando se encuentra ante casos difíciles recurre a conceptos tan ambiguos como los principios jurídicos o la discreción judicial. En este punto la metodología normativista confunde diversos planos e impide la disección del análisis de los diversos componentes de la idea de justicia. La discusión de problemas difíciles es útil para la construcción de criterios y la elección entre ellos. Pero la elección no puede ser confiada a la subjetividad, a la discreción del intérprete porque estaríamos sacrificando la previsibilidad del derecho.

La propuesta de los economistas -y especialmente de las escuelas más radicales- es analizar el derecho desde el punto de vista -de la eficiencia. La crudeza del planteamiento no implica el abandono de la luz que puede ofrecer -luz importante- para la resolución de los conflictos sociales. Un sistema institucional adecuado para resolver los conflictos sociales no debe estar mirando al pasado sino al futuro, a los problemas que se plantean en la sociedad. Los sistemas institucionales jurídicos están basados en quién tiene derecho, en quién tiene la razón. El problema -o mejor- no todo problema se resuelve mediante el criterio del todo o nada. Por eso precisamente el tener como variable importante el del mínimo costo social, el de la eficiencia, es una exigencia a tener en cuenta si es que el sistema institucional jurídico debe todavía resolver los problemas relevantes de las sociedades industriales.

Poner el acento en la eficiencia no quiere decir dar la preeminencia a este valor sobre todos los demás. Y sobre eso quisiera hacer algunas precisiones. *La primera*, eficiencia no puede identificarse con mercado libre siempre y en todo lugar. Hemos visto cómo los límites de la teoría económica justifican una actividad estatal externa al mercado. Justifican por tanto la intervención estatal y otro tipo de instituciones que no son mercados.

La segunda. Dentro de la reflexión teórica del bienestar se distingue entre eficiencia y equidad. Presuponiendo la moralidad del criterio de eficiencia, a veces mercado y eficiencia no van de la mano. Los *trade offs* entre eficiencia y equidad -justicia- deben equilibrarse. En síntesis,

una sociedad eficiente puede ser una buena sociedad y una sociedad deseable. Pero es posible que para la mayoría de la sociedad no valga la pena una sociedad excesivamente eficiente porque es una sociedad excesivamente injusta. La equidad y la seguridad podrían ser como vetos a la eficiencia tal como nos sugiere Dworkin o Calabresi.

Llegados a este punto quisiera establecer algunas conclusiones:

1.-He presupuesto que el criterio de eficiencia es el que permite justificar un sistema económico. He tratado de argumentar que existen casos en los cuales el mercado libre no conduce a resultados eficientes de tal manera que no siempre está justificado el mercado libre. Por tanto, una extensión excesiva de las tesis del libre mercado es inadecuada. Las doctrinas que usan la teoría económica más allá de sus límites no se fundamentan en ella sino que la adulteran.

2.-La eficiencia -entendida como aquel criterio que maximiza la riqueza social²⁰ exige en ocasiones la intervención estatal o intervenciones externas al mercado. Por tanto, quien sea reticente a la utilización de este método no puede identificarlo con la defensa del neoconservadurismo.

3.-La eficiencia es un componente de la idea de justicia pero no es el único criterio de justicia. Difícilmente podríamos calificar de justo un sistema totalmente ineficiente o una sociedad que despilfarrara recursos básicos que cubren necesidades básicas. Pero los criterios de eficiencia no son los únicos a tener en cuenta para calificar un sistema de justo. Junto a la eficiencia, los derechos y los objetivos colectivos ocupan un lugar sumamente importante. Un sistema institucional imprevisible e inseguro no puede ser calificado de justo. Pero un sistema muy ineficiente tampoco.

4.-Observar el fenómeno jurídico desde el punto de vista de la eficiencia puede ser especialmente útil para la construcción de una política jurídica que alcance sus objetivos. Los instrumentos jurídicos pueden ser eficientes o no. Un legislador no sólo está preocupado por establecer un modelo ideal hacia el cual debe tender sino que también está preocupado por los mejores caminos que conducen a este objetivo. Muchas veces los juristas nos olvidamos de los caminos y entonces no llegamos a donde queremos.

²⁰ El término eficiencia es difícil de definir puesto que muchos autores lo utilizan con significaciones distintas. He utilizado el concepto de eficiencia como sinónimo de potenciación de riqueza, distinto de la versión utilitarista del criterio de justicia: la mayor felicidad del mayor número posible. Sobre este punto véase Posner op. cit. p. 48 y ss.